

PROCESSO Nº : 16585-9/2007
INTERESSADA : INSTITUTO MUNICIPAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES DE COTRIGUAÇU
ASSUNTO : CONSULTA
RELATOR : CONSELHEIRO HUMBERTO MELO BOSAIPO
PARECER Nº : 117/2008

Exmo. Sr. Conselheiro:

Tratam os autos de consulta formulada pelo Sra. Lidiani Aparecida Milani, Diretora Executiva do Fundo de Previdência do Município de Cotriguaçu (PREVI-COTRI), mediante o qual solicita deste Tribunal de Contas parecer técnico acerca do seguinte questionamento:

O município de Cotriguaçu possui regime próprio de previdência social, tendo vários servidores efetivados nos anos de 2001, 2003, 2005 e 2006. Acontece que muitos desses servidores efetivados nos concursos acima citados prestaram serviço anterior ao concurso, através de contrato administrativo por prazo determinado.

Diante da situação apresentada acima perguntamos:

Qual o tempo de serviço será considerado para fins de cumprimento do disposto no inciso 3º do art. 40 da Constituição Federal, onde consta como requisito para aposentadoria o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público, ou seja, a contagem de tempo considera-se o tempo do exercício por contrato administrativo ou por admissão por concurso público.

Constam acostados aos autos:

- 1.Parecer do Consulente – fls. 02 e 03/TCE;**
- 2.Parecer dessa Consultoria Técnica, solicitando o parecer da Coordenadoria de Controle de Atos de Pessoal – fl. 05/TCE;**
- 3.Parecer da Coordenadoria de Controle de Atos de Pessoal - fls. 06 a 08/TCE;**
- 4.Parecer do Procuradoria Geral de Justiça junto ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso – fls. 09 e 10/TCE;**
- 5.Despacho do Conselheiro Relator, remetendo os autos à Consultoria Técnica, devido ao erro de tramitação – fl. 12/TCE.**

Sendo assim, a questão é de relevante interesse público e necessária às orientações gerais, a qual a dúvida da consulente se apresenta conforme a seguinte tese:

O tempo de serviço prestado à Administração Pública através de contrato por tempo determinado poderá ser computado para fins de cumprimento do disposto no artigo 40, §1º, inciso III da Constituição

Federal, onde consta como requisito para aposentadoria voluntária o tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público?

Passa-se ao parecer.

Preliminarmente, considera-se, relevante destacar a diferença entre o tempo de serviço público considerado no artigo 40, inciso III, da Constituição Federal, redação original, e o tempo mínimo de 10 (dez), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício no serviço público inserido pelas Emendas Constitucionais nº 20, de 15 de dezembro de 1998, nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e nº 47, de 5 de julho de 2005, para aposentadoria voluntária, a qual alicerça a dúvida da Consulente.

Constituição Federal – redação original

Art. 40. O servidor será aposentado:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III – voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em função de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

(grifado)

O tempo de serviço considerado para efeito de aposentadoria voluntária, antes da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, era o somatório de todo o tempo laborado pelo servidor, prestado em atividade privada e/ou pública (na condição de cargo, emprego ou função pública), comprovado através das respectivas certidões de tempo de serviço. Como exceção a comprovação de tempo de efetivo exercício em função de magistério cujo o exercício se restringia àquele prestado em sala de aula.

Assim sendo, o artigo 40 da Constituição Federal, em sua original, não estipulava tempo mínimo efetivo exercício em atividade pública, para efeito de inatividade remunerada no Regime de Próprio de Previdência Social, sendo validado a certificação de tempo de serviço público e privado, como também em virtude de lei (ex: tempo prestado como aluno aprendiz, tempo ficto, dentre outros) .

Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/03 e 47/05

A Reforma da Previdência trazida pelas referidas Emendas Constitucionais implantou uma nova sistemática previdenciária que viabilize o equilíbrio financeiro e atuarial, adotando, assim, algumas inovações:

- a obrigatoriedade do regime previdenciário de caráter contributivo e solidário;

- novas regras para aposentadoria do servidor público ocupante de cargo efetivo que visem prolongar a sua permanência no serviço público e, conseqüentemente, retardar a dependência em relação ao seguro social;
- os servidores ocupantes de emprego público, cargo exclusivamente em comissão e outros de caráter temporário passam a ser vinculados ao Regime Geral de Previdência Social;
- previsão de limite constitucional para proventos e pensões;
- indicação de fonte de custeio, incluindo a contribuição do ente público, dos servidores ativos, inativos e pensionistas;
- definição de critério para fixação do valor da pensão dos dependentes do servidor falecido;
- garantia de reajustamento dos benefícios (paridade ou valor real), dentre outras mudanças.

Dentre as inovações, estipulou-se o tempo mínimo efetivo exercício no serviço público como um dos requisitos para se alcançar a aposentadoria voluntária do servidor público, estipulado através do período de permanência no serviço público, postergando, em alguns casos, o jubileamento do servidor.

O artigo 40, §9º da Constituição Federal, considera para efeito de disponibilidade o tempo de serviço exercido até a data da Emenda Constitucional nº 20/1998, que a partir desta passa a ser considerado o tempo de contribuição.

O conceito dado pelo art. 2º, inciso VIII, da Orientação Normativa nº 01/2007 do Ministério da Previdência Social, para tempo de serviço público considera-se o tempo no exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuos, na Administração direta, autárquica e fundacional de qualquer dos entes federativos.

Define Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 25 ed., Malheiros Editores: São Paulo: 2008, p. 250 e 251, sobre cargos, funções e empregos públicos, conforme exposto:

Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas.

Funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche (art. 37, V, da Constituição). Assemelham-se, quanto à natureza das atribuições e quanto à confiança que caracteriza seu preenchimento, aos cargos em comissão. Contudo, não se quis prevê-las como tais, possivelmente para evitar que pudesse ser preenchidas por alguém estranho à carreira, já que em cargos em comissão podem ser prepostas pessoas alheias ao serviço público, ressalvado um percentual deles, reservado aos servidores de carreira, cujo mínimo será fixado por lei.

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, §1º, II, “a”.

Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratados

trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação da Leis do Trabalho.

José Santos Carvalho Filho no Manual de Direito Administrativo, 20 ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2008, págs. 574 e 575, também conceitua sobre cargo, emprego e função:

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica. O sistema funcional, contudo, admite uma situação anômala denominada de **função gratificada**, pela qual o servidor, sem um vínculo permanente, percebe remuneração pelo desempenho da atividade.

A Constituição refere-se também às **funções de confiança** (art. 37, V). Correspondem elas ao exercício de algumas funções específicas por servidores que desfrutam da confiança de seus superiores, os quais, por isso mesmo, percebem certa retribuição adicional para compensar tal especificidade. Retratam, em última análise, modalidade de **gratificação**, paga em virtude do tipo especial de atribuição, e somente podem ser exercidas por servidores que ocupem cargo efetivo.

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo. O titular do cargo se caracteriza como servidor público estatutário.

A expressão **emprego público** é utilizada para identificar a relação funcional trabalhista, assim como se usado a expressão empregado público como sinônima da de servidor público trabalhista. Para bem diferenciar as situações, é importante lembrar que o servidor trabalhista tem função (no sentido de tarefa, atividade), mas não ocupa cargo. O servidor estatutário tem o cargo que ocupa exerce as funções atribuídas ao cargo.
(grifado pelo autor)

Quanto ao exercício de *função pública*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 13ª ed. Editora Atlas: São Paulo: 2001, p. 423), detalha duas situações:

Perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de situações:

- 1.a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para as quais não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; a Lei nº 8.112/90 definia, no artigo 233, §3º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 8.745, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.849, de 26-10-99;
- 2.as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, que “as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de

direção, chefia e assessoramento”.

De fundamental importância esclarecer a diferença entre os dois tipos de função, visto encontrar discussões doutrinárias a respeito de normas que fazem referência ao exercício de cargo, emprego e função, o qual, dependendo do contexto, estariam se referindo apenas a função de confiança e não a função temporária e excepcional das contratações efetivadas nos termos do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal.

Mas, em exame de tempo previdenciário, o servidor que ocupou função (confiança ou contrato por tempo determinado) na Administração Direta, Autarquia e/ou Fundação Pública (pessoas jurídicas de direito público), independente do vínculo jurídico-funcional, terá o direito a contar esse tempo como tempo público.

Salienta-se, por oportuno, o tempo de serviço prestado às fundações de direito privado que integram a Administração Indireta, que comprovada como instituição prestadora de atividade pública, poderá ser considerado para fins de aposentadoria voluntária, cabendo o exame, caso a caso, de elementos fáticos que demonstrem que atividade desenvolvida pela fundação é efetivamente de natureza pública.

O tempo de efetivo exercício decorre da legislação de cada ente, mas de maneira geral são considerados como efetivo exercício: férias, casamento, luto, exercício de outro cargo em comissão, função na administração direta ou indireta, serviços obrigatórios por lei, licença por acidente de trabalho ou doença profissional, gestante, adotante, compulsória, faltas abonadas, missão ou estudo de interesse do ente, participação de delegação esportiva ou cultural, desempenho de mandato legislativo, etc.

Dessa forma, respondendo de forma objetiva ao questionamento do consulente, entende-se que:

O tempo de serviço prestado à Administração Pública através de contrato por tempo determinado poderá ser computado para fins de cumprimento do disposto no artigo 40, §1º, inciso III da Constituição Federal, onde consta como requisito para aposentadoria voluntária o tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público?

Nas aposentadorias voluntárias, regidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998, 41/2003 e 47/2005, para implemento do requisito o tempo mínimo de efetivo exercício no serviço público serão considerados o tempo de serviço prestado aos entes públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na administração direta, autárquica e fundacional, ainda que descontínuos, ressalvada a previsão legal para o tempo de serviço prestado à sociedade de economia mista e empresas públicas.

Isto posto, sugere-se, caso o Egrégio Tribunal Pleno comungue com esse entendimento, o seguinte verbete:

Resolução de Consulta nº xxx/2008. Pessoal. Subsídio. Teto Constitucional. Impossibilidade de adicional por tempo de serviço ultrapassar o limite máximo disciplinado no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

O Adicional por Tempo de Serviço (ATS) está incluído no cálculo do subsídio, ou seja, a soma das parcelas remuneratórias estão dentro deste valor único, que não poderá superar o teto fixado pelo artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

É o parecer que se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 24 de novembro de 2008.

Áurea Maria Abranches Soares

Osiel Mendes de Oliveira

Carlos Eduardo Amorim França

Técnico Instrutivo e de Controle

Consultor de Estudos, Normas e
Avaliação

Secretário-Chefe da
Consultoria Técnica

APOSENTADORIAS VOLUNTÁRIAS	
(art. 40, § 1º, inciso III, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal, com redação da EC nº 41/2003) Aplicáveis aos servidores titulares de cargos efetivos da União dos Estados, dos Estados, do Distrito Federal e os Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que ingressaram no serviço público a partir de 1/01/2004, ou àqueles que não optaram pelas regras dos art. 2º e 6º da EC 41/03 ou do art. 3º da EC 47/04	
POR IDADE E TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO Art. 40, § 1º, inciso III, “a” da CF, com redação da EC nº 41/2003	
HOMEM	
Professor (*)	Demais Servidores
Tempo de contribuição: 10950 dias (30anos) Tempo no serviço público: 3650 dias (10anos) Tempo no cargo: 1825 dias (5anos) Idade mínima: 55 anos	Tempo de contribuição: 12775 dias (35anos) Tempo no serviço público: 3650 dias (10anos) Tempo no cargo: 1825 dias (5anos) Idade mínima: 60 anos
Forma de cálculo: Aplicação da média aritmética simples das maiores contribuições efetuadas a partir de julho/1994.	Forma de cálculo: Aplicação da média aritmética simples das maiores contribuições efetuadas a partir de julho/1994.
Teto do benefício: Remuneração do servidor no cargo efetivo.	Teto do benefício: Remuneração do servidor no cargo efetivo.
Reajuste do Benefício: dar-se-á na mesma data em que ocorrer o reajuste do RGPS para manutenção do valor real, de acordo com a variação do índice definido pelo ente da federação. Na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.	Reajuste do Benefício: dar-se-á na mesma data em que ocorrer o reajuste do RGPS para manutenção do valor real, de acordo com a variação do índice definido pelo ente da federação. Na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.
Obs.:Não se aplicou a média aritmética no cálculo dos benefícios concedidos até 19/02/2004, para os quais considerou-se a última remuneração no cargo efetivo	Obs.:Não se aplicou a média aritmética no cálculo dos benefícios concedidos até 19/02/2004, para os quais considerou-se a última remuneração no cargo efetivo
MULHER	
Professora (*)	Demais Servidoras
Tempo de contribuição: 9125 dias (25anos) Tempo no serviço público: 3650 dias (10anos) Tempo no cargo: 1825 dias (5anos) Idade mínima: 50 anos	Tempo de contribuição: 10950 dias (30anos) Tempo no serviço público: 3650 dias (10anos) Tempo no cargo: 1825 dias (5anos) Idade mínima: 55 anos
Forma de cálculo: Aplicação da média aritmética simples das maiores contribuições efetuadas a partir de julho/1994.	Forma de cálculo: Aplicação da média aritmética simples das maiores contribuições efetuadas a partir de julho/1994.
Teto do benefício: Remuneração da servidora no cargo efetivo	Teto do benefício: Remuneração da servidora no cargo efetivo
Reajuste do Benefício: dar-se-á na mesma data em que ocorrer o reajuste do RGPS para manutenção do valor real, de acordo com a variação do índice definido pelo ente da federação. Na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.	Reajuste do Benefício: dar-se-á na mesma data em que ocorrer o reajuste do RGPS para manutenção do valor real, de acordo com a variação do índice definido pelo ente da federação. Na ausência de definição do índice de reajustamento pelo ente, os benefícios serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.
Obs.:Não se aplicou a média aritmética no cálculo dos benefícios concedidos até 19/02/2004, para os quais considerou-se a última remuneração no cargo efetivo	Obs.:Não se aplicou a média aritmética no cálculo dos benefícios concedidos até 19/02/2004, para os quais considerou-se a última remuneração no cargo efetivo
<i>(*) redutor conforme § 5º, art. 40 da CF, ou seja, somente para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.</i>	